

## José Ferrari: A quase lei que limitava a violação de cartas de presos

No dia 26 de novembro de 2019, publicou-se no Diário Oficial da União a Lei 13.913/2019, sancionada pelo presidente da República, com a seguinte inscrição:

Art. 1º O art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar acrescidos dos seguintes §§ 2º e 3º, numerando-se o parágrafo único como §1º:

‘Art. 41.

§1º

§2º A correspondência de presos condenados ou provisórios, a ser remetida ou recebida, poderá ser interceptada e analisada para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, e seu conteúdo será mantido sob sigilo, sob pena de responsabilização penal nos termos do art. 10, parte final, da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

§3º A interceptação e análise de correspondência deverá ser fundada nos requisitos previstos pelo art. 2º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, e comunicada imediatamente ao órgão competente do Poder Judiciário, com as respectivas justificativas.

No entanto, em edição extra do Diário Oficial da União foi publicada a Mensagem 616, de 25 de novembro de 2019, vetando integralmente a lei acima votada nas casas do Congresso Nacional, sob o fundamento do interesse público, com a seguinte justificativa:

A propositura legislativa, ao limitar as hipóteses de interceptação de correspondência de presos ou condenados provisórios atualmente em vigor, nos termos do art. 41 da Lei de Execuções Penais, gera insegurança jurídica por estabelecer para a fiscalização ordinária dessas comunicações escritas um regime de tratamento legal equiparado ao das interceptações telefônicas reguladas pela Lei nº 9.296, de 1996, em descompasso com a Constituição da República que as tratam como institutos diversos, resultando em um aparente conflito de normas. Ademais, o projeto ofende o interesse público, pois essa limitação e a criação de embaraços na possibilidade de interceptação e controle sobre o conteúdo das correspondências dos presos agravará a crise no sistema penitenciário do país, impactando negativamente o sistema de segurança e a gestão dos presídios, especialmente nos presídios de segurança máxima, de forma que o próprio Supremo Tribunal Federal já possui o entendimento de que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo de correspondência dos presos não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (v.g. HC 70.814-5, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.06.1994).

Provocada pela imprensa, “[a] assessoria da Secretaria-Geral da Presidência informou que a sanção foi publicada por ‘erro material.’”[1]

De qualquer sorte, até segunda ordem eventualmente debatida e votada no Congresso Nacional, em sessão conjunta que se realizará dentro dos próximos 30 dias (Constituição, parágrafo 4º, artigo 66), prevalece o veto presidencial, tal como constitucionalmente assegurado no artigo 66, parágrafo 1º.

Apesar disso, verifica-se importante trazer contributos breves para o debate que se seguirá, pois muito embora a “quase lei” não seja livre de críticas, ela ampliava os requisitos para que o diretor do estabelecimento prisional justificasse seu acesso à correspondência dos internos sob sua tutela.

Ampliava, pois já é prática corriqueira nas instituições, exercidas, especialmente por agentes penitenciários, ignorando-se a competência exclusiva do diretor do estabelecimento prisional para determinar tais práticas, conforme parágrafo único do artigo 41 da Lei 7.210/84.

Em várias conversas informais com pessoas presas e seus familiares, soube que cartas escritas à mão, geralmente anexadas ou inseridas na “sacola” ou “jumbada”[2] são abertas e lidas pelos agentes penitenciários que as recebem, tal como nesse mesmo instante vasculham os alimentos e objetos contidos nessas sacolas para averiguar se há algo cuja entrada é vedada.

Não se trata, como visto, de correspondência encaminhada pelos Correios, como inicialmente se imagina, mas de carta que será/seria entregue ao destinatário pessoalmente por um interlocutor ou até mesmo por quem a escreveu.

Outrora já se disse que o Projeto de Lei do Senado 11/2004, ora o que foi vetado pelo presidente da República, seria um retrocesso ao permitir a violação da correspondência dos presos para a obtenção de informações e dados, especialmente a fim de munir investigações criminais e processos penais, enquanto o dispositivo legal tão somente permitia a suspensão e a restrição das cartas.[3]

No entanto, muito embora a leitura do dispositivo legal tenha sido feita com maestria pelo autor, pois em nenhum momento se permitiu a violação da correspondência,[4] mas tão somente a suspensão e restrição temporária do envio das cartas, a prática está tão enraizada no cotidiano dos presídios que sequer é discutida. Aliás, sobre essa questão, faz-se menção à decisão do ministro Celso de Mello no HC 70.814-5, 1ª Turma, julgado em 24 de junho de 1994, segundo a qual permite-se a violação da correspondência dos presos em prol a segurança pública “em todas as hipóteses que aviltem o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados”. [5]

Conquanto insculpido no inciso XII, artigo 5º, da Constituição[6], a garantia fundamental da inviolabilidade do sigilo da correspondência, como todo e qualquer direito fundamental constitucional, pode ser mitigado quando ponderado com outra garantia constitucional de mesma magnitude. A própria Constituição Federal o faz “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” e quando decretado estado de defesa (artigo 136, parágrafo 1º, I, "b", da Constituição) e estado de sítio (artigo 139, III, da Constituição).

Diante desse quadro fático, a regulamentação e a criação de requisitos a serem observados para a adoção da medida de violação da correspondência dos presos mostra-se plenamente adequada e necessária, sobretudo pela necessidade de se comunicar ao Poder Judiciário tão logo seja autorizada a violação da correspondência escrita pela administração penitenciária, previsão normativa que deverá ser analisada pelo STF, pois de duvidável constitucionalidade, considerando a necessidade de ordem judicial para determinar-se a violação da correspondência.[7]

Aliás, sobre a competência exclusiva do Poder Judiciário para autorizar a violação da correspondência, consoante mandamento constitucional, eventual sanção de lei delegando tal competência à administração penitenciária ou a qualquer órgão diverso, tal como feito no projeto de lei em questão, não sobreviveria ao controle de constitucionalidade do ato.

Por tanto, si bien la Ley penitenciaria puede establecer ciertas limitaciones a los derechos de los reclusos, éstas han de respetar en todo caso el que constitucionalmente se le otorga a estos derechos y, si como es el caso de la intervención de las comunicacinoes, es la própria Constitución quine fija como requisito essencial para su limitación, [...] a intervención judicial previa, no puede la Ley penitenciária desoír el mandato constitucional y proceder a la limitación de este derecho sin atenerse a este principio [...]

En este sentido, medidas como la intervención de comunicaciones que constitucionalmente están atribuidas a la autoridade judicial, no pueden ser decretadas por autoridades administrativas bajo la justificación de razones como el buen orden del establecimiento, la agresividad del penado, etc., y convalidándose después con la intervención judicial posterior”.[8]

Não se pode olvidar, apesar de tudo o que foi anteriormente ressaltado, o fato de que os meios de comunicação sofreram grandes mutações ao longo dos anos, resultando na criação de leis para conformar com o avanço tecnológico. Tanto que publicada a Lei das Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/96) que serviu de baliza para a “quase lei” instituir requisitos legais de observância necessária, os quais são:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Também não são livres de críticas os mencionados requisitos. Contudo, garantiam o mínimo de controle para a intervenção estatal na comunicação pessoal da pessoa presa, levando em conta que a regra hoje é a violação injustificada praticada pelo agente penitenciário e, quando muito, bastando um simples “ato motivado do diretor do estabelecimento” (artigo 41, parágrafo único, da LEP).

À luz da “quase lei”, a violação da correspondência, que hoje é feita discricionária e desenfreadamente, ofendendo leis, regulamentos e a Constituição, passaria a ser controlado e observado, pois demandaria ato motivado do diretor do estabelecimento prisional contendo a exposição de indícios razoáveis da autoria ou participação do preso em infração penal, a justificação da adoção desse meio de prova sob o pretexto de não ser viável outro meio, e afirmar que a infração penal cuja suspeita recai possui pena de detenção, ao menos, prevista no preceito secundário do tipo.

E mais, todo e qualquer acesso à correspondência da pessoa presa deveria ser mantida sob sigilo, e sobretudo encaminhada ao Poder Judiciário, que realizaria o controle de legalidade e constitucionalidade do ato.[9]

Nesta esteira, por mais que a “quase lei” seja inconstitucional, ao menos no tocante à delegação de competência para determinar violação da garantia constitucional da inviolabilidade de correspondência, ela possuía um lado bastante positivo ao impor observância de determinados requisitos para que fosse suprimido o direito fundamental em questão.

[1] [g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/26/governo-faz-correcao-e-anuncia-veto-e-nao-sancao-a-projeto-sobre-correspondencia-de-presos.ghtml?fbclid=IwAR0z4\\_zIIIcpZpLvG27EsWMHdeTTzwgnDp\\_poj7MiY3EHFpkaP3eAS1QtLs](http://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/26/governo-faz-correcao-e-anuncia-veto-e-nao-sancao-a-projeto-sobre-correspondencia-de-presos.ghtml?fbclid=IwAR0z4_zIIIcpZpLvG27EsWMHdeTTzwgnDp_poj7MiY3EHFpkaP3eAS1QtLs)

[2] N.A.: mantimentos levados para os presos por suas famílias.

[3] ALMEIDA, Felipe Lima de. *Interceptação das correspondências de presos: críticas aos projetos de lei do senado n. 11 e 19 de 2004*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 12, n. 145, p. 18-19., dez. 2004.

[4] Em sentido similar: “Isso poderá ocorrer tendo em vista, principalmente, a constatação do comportamento carcerário do preso, que poderá ensejar o seu isolamento, bem como a restrição do recebimento de visitas e também o contato com o mundo exterior através de correspondência”. PRADO, Luiz Regis et al. *Direito de execução penal*. 4º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 143.

[5] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva/IDP, 2015. p. 293/294.

[6] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

[7] Em sentido similar: “Questionável a limitação trazida pelo art. 41, parágrafo único, da LEP, que entrega ao arbítrio administrativo o poder de suspender ou restringir direitos. A delegação à autoridade administrativa do poder de decretar um estado de exceção à lei nada mais é do que a expressão do Estado de Polícia, diametralmente oposto ao Estado de Direito. Trata-se de um dispositivo inconstitucional e assistemático, pois a execução penal foi concebida para ser jurisdicionalizada”. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica* – 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 133.

[8] NOYA FERREIRO, María Lourdes. *La intervención de las comunicaciones de los presos y la ley general penitenciaria* (RCL 1979, 2382 y ApNDL 11177). *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, Navarra, n. 3, p. 183-208., 2000.

[9] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1051.

**Date Created**

25/12/2019